

Sygn. akt: KIO 11/19

WYROK

z dnia 18 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2019 r. przez **wykonawcę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21 b, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Im. dr Wł. Biegańskiego, ul. Kniaziewicza 1/5, 91-347 Łódź**

przy udziale **wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21 b, 02-676 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21 b, 02-676 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący :

Sygn. akt: KIO 11/19

Uzasadnienie

Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Im. dr Wł. Biegańskiego w Łodzi (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę odczynników i dzierżawę analizatora do Pracowni Biochemii i Immunochemii. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 grudnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2018/S 248-572688.

W dniu 4 stycznia 2019 r. wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;

2. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a jednocześnie „sam w sobie” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy;

3. naruszenie art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a jednocześnie „sam w sobie” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy;

4. naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia;

5. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, albowiem do czasu obowiązywania kwestionowanych zapisów jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego;

6. naruszenie art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc w związku z art. 14 ustawy Pzp, tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;

7. takowe działanie Zamawiającego stanowi jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów

na ważny interes publiczny.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu, że dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów i preferencje określonych rozwiązań technicznych, charakterystycznych dla konkretnych wyrobów, czym uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty, w wyniku czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 w ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający poprzez tendencyjne zestawienie parametrów granicznych jednoznacznie wskazuje na możliwość złożenia ważnej oferty wyłącznie jednej firmie.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania, a w konsekwencji, na zasadzie art. 38 ust. 4a ustawy Pzp, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ.

Jak wskazał Odwołujący, zablokowanie możliwości złożenia oferty konkurencyjnej dokonane poprzez manipulację nieistotnymi parametrami opisywanego sprzętu oraz odczynników naraża Odwołującego na szkodę, a tym samym, Odwołujący posiada interes w skutecznym złożeniu odwołania. Odwołujący zwrócił uwagę, że owa manipulacja polega w szczególności na tym, że istnieją analizatory, które posiadają parametry spełniające poszczególne kwestionowane w odwołaniu zapisy SIWZ. Jednak wszystkie zapisy SIWZ łącznie w obecnym kształcie dyskwalifikują jakąkolwiek konkurencję - nie ma analizatora, poza analizatorami firmy Roche Diagnostic Polska Sp. z o.o., który spełniałby wszystkie zapisy SIWZ. Odwołujący zaznaczył, że analizatory firmy Roche Diagnostic Polska Sp. z o.o. jako jedyne spełniają wymagania SIWZ w sztucznie skompilowanej „mozaice” wszystkich punktów SIWZ, zatem wszystkie te części może wygrać tylko jeden wykonawca.

Odwolujący podniósł, że podobnie jak w przypadku tzw. parametrów odcinających ma się także sytuacja z tzw. parametrami ocennymi. Zdaniem Odwołującego, tutaj także Zamawiający dokonuje manipulacji poprzez taki ich dobór, aby zmaksymalizować korzyści z góry wskazanego wykonawcy. Odwołujący kwestionuje, aby za ich kompilacją stało uzasadnienie merytoryczne wynikające z usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego. Tym samym, ich dobór jest prostym wynikiem naruszenia zasad uczciwej konkurencji, dlatego podobnie jak w przypadku tzw. parametrów odcinających, Odwołujący wniósł o nakazanie ich zmiany w sposób opisany w odwołaniu.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

1. Zgodnie z punktem 8.2 SIWZ Zamawiający wymaga, aby:

Dostarczone platformy muszą mieć możliwość wykonania pełnego panelu badań w zależności od potrzeb Zamawiającego. Jednak, jak zauważył Odwołujący, Załącznik nr 4 wskazuje, że część parametrów ma być wykonywana tylko na platformie głównej, a część tylko na platformie dodatkowej, co jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający nie chce, aby obie platformy były jednakowe i stanowiły dla siebie *backup*. Odwołujący stwierdził, że taki układ parametrów wykonywanych na platformach wskazuje jako wykonawcę tylko jedną firmę — firmę Roche i nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego.

Odwolujący wniósł o dopuszczenie zmian możliwości wykonywanych oznaczeń pomiędzy platformą główną i pomocniczą, co pozwoli na złożenie oferty innym firmom.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu w następujący sposób:

Dostarczone platformy muszą mieć możliwość wykonania badań wskazanych w załączniku numer 2 z możliwością dowolnej konfiguracji testów pomiędzy platformą główną i pomocniczą.

2. Zamawiający poprzez arbitralny rozkład testów pomiędzy analizator biochemiczny i immunochemiczny w sposób jednoznaczny określa wykonawcę i wskazuje firmę Roche jako jedyne wykonawcę.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmian w Załączniku nr 1 dla testów:

NGAL — możliwość oznaczania w części immunochemicznej

IgE, Digoksyna - możliwość oznaczania w części biochemicznej

3. W Załączniku numer 4 Zamawiający wymaga, aby test do oznaczania PTH był III generacji, co jednoznacznie wskazuje firmę Roche, jako jedynego możliwego wykonawcę, gdyż tylko firma Roche posiada test do oznaczania PTH III generacji.

W przekonaniu Odwołującego, wymaganie dostarczenia testu III generacji nie ma uzasadnienia merytorycznego, gdyż zgodnie z literaturą, korzyści z pomiaru PTH testem II generacji oraz zakresy referencyjne dla tego testu nie zostały jeszcze zdefiniowane. Obecnie opublikowane zakresy referencyjne są ustalone dla testów drugiej generacji i nie mogą być stosowane dla testów trzeciej generacji.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. wymogu w Załączniku nr 1 pozycja nr 43 na intactPTH.

4. Zamawiający wymaga w punkcie nr 10 Załącznika nr 4: Zestawienie parametrów granicznych systemu Biochemiczno-Immunochemicznego, aby parametry Cholesterol całkowity, LDH, Amylaza były wykonywane w płynach z jamy otrzewnej.

Odwołujący wniósł o zmianę ww. zapisu na:

Możliwość wykonywania badań w surowicy, osoczu, moczu, PMR, płyn z jamy otrzewnej (Cholesterol całkowity, LDH, Amylaza w oparciu o aplikację i odczynniki dla surowicy) i krwi pełnej (HbA1C).

Zdaniem Odwołującego, taki sposób oznaczenia umożliwi prawidłową diagnostykę różnicowania płynów z jam ciała (przebieg/wysięk) w oparciu o literaturowe standardy „diagnostyka laboratoryjna z elementami biochemii klinicznej” pod redakcją prof. dr hab. A. Dębińska Kieć i prof. dr hab. J. W. Naskalski.

5. Zamawiający w punkcie 34 i 35 Załącznika nr 1 w sposób arbitralny domaga się diagnostyki zakażenia HAV poprzez ocenę przeciwciał anty-HAV total czyli łącznie antyHAV IgG plus IgM oraz antyHAV IgM.

Odwołujący stwierdził, że taki zapis jednoznacznie wskazuje firmę Roche jako jedyne możliwe wykonawcę, gdyż tylko firma Roche posiada test do oznaczania HAV total i HAV IgM.

Odwołujący zaproponował zastosowanie zalecanej obecnie oceny obecności przeciwciał osobno antyHAV IgG oraz w klasie IgM (antyHAV IgM).

Odwołujący wyjaśnił, że dowodem zakażenia HAV jest stwierdzenie przeciwciał anty HAV IgM w surowicy, które pojawia się 18 do 41 dni po zakażeniu i utrzymuje się przez kilka miesięcy. W okresie zdrowienia pojawiają się antyHAV IgG, które początkowo współistnieją z antyHAV IgM, ale później nie znikają, do końca życia stanowiąc dowód na odporność przed HAV („Diagnostyka laboratoryjna z elementami biochemii klinicznej” pod redakcją prof. dr hab. N. Dębińska Kieć i prof. dr hab. J. W. Naskalski). Oznaczenie anty HAV w klasie IgG a nie Total jest zatem bardziej klinicznie użytecznym testem służącym nie tylko do oceny zakaźności, ale i do odporności na HAV w fazie późniejszej.

Odwołujący wniósł o zmianę zapisu w punkcie 34 Załącznika nr 1 na HAV IgG lub HAV total.

6. Zamawiający wymaga w punkcie 13 Wymogi dla platformy biochemiczno-immunochemicznej wiodącej oraz 16 Wymogi dla platformy biochemiczno-immunochemicznej pomocniczej Załącznika nr 4: Eliminacja kontaminacji w części immunochemicznej — jednorazowe końcówki dozujące.

Jak wskazał Odwołujący, firmy produkujące analizatory mają różne rozwiązania eliminujące kontaminację w swoich analizatorach. Mogą to być końcówki jednorazowe, tak jak ma w swoim analizatorze firma Roche lub system mycia sond, tak jak ma to Odwołujący. Odwołujący stwierdził, że poprzez określenie sposobu eliminacji kontaminacji, Zamawiający ogranicza konkurencję i możliwość złożenia oferty firmom, które również mają systemy eliminujące kontaminację.

Odwołujący wniósł o zmianę ww. zapisu na:

Eliminacja kontaminacji w części immunochemicznej poprzez końcówki jednorazowe lub system mycia sond. Efekt przeniesienia z sondy próbkowej ≤ 0.10 ppm (surowica, osocze, moczu lub płyn mózgowo-rdzeniowy) — potwierdzone w instrukcji analizatora.

7. Zamawiający wymaga w punkcie 1 w Zestawieniu parametrów ocenianych Załącznika nr 4 i przyznaje 10 punktów Troponinie T.

Jak podał Odwołujący, zgodnie z wytycznymi ETK oraz PTK, zarówno Troponina T, jak i Troponina I, mają równocenną wartość diagnostyczną. Aktualnie również podkreśla się wady Troponiny T wynikające z cech analitycznych oraz ich potencjalny wpływ na postępowanie kliniczne. Wysokoczuły test do oznaczania Troponiny I posiada punkty odcięcia dla zawału (99-ty percentyl URL) specyficzne dla obu płci, co jest zgodne z IV Uniwersalną Definicją Zawału. Ponadto, zgodnie z informacjami zawartymi w najnowszych wytycznych „Nie odnotowano wzrostu Troponiny I w następstwie uszkodzenia tkanek poza sercem. Sytuacja jest bardziej złożona w przypadku Troponiny T. Dane biochemiczne wykazały, że uszkodzone mięśnie szkieletowe wykazują ekspresję białek, które są wykrywane przez testy do oznaczania Troponiny T, prowadząc do sytuacji gdzie wzrosty Troponiny T mogą pochodzić z mięśni szkieletowych. Ostatnie dane wskazują, że częstotliwość występowania tych wzrostów bez istnienia choroby niedokrwiennej serca może być wyższa niż początkowo uważano”.

Odwołujący podał, że testy do oznaczania Troponiny T charakteryzują się mniejszą swoistością narządową w diagnostyce OZW. Swoistość narządowa, Troponiny I jest szczególnie istotna, dla prawidłowego rozpoznania AMI już na poziomie Szpitalnego Oddziału Ratunkowego, do którego trafiają pacjenci niewyselekcjonowani pod względem kardiologicznym, często z urazami wielonarządowymi, gdzie istotne jest posiadanie możliwości odróżnienia pochodzenia troponiny, obecnej w surowicy pacjenta (np. czy pochodzi z mięśniówki, zmiażdżonej podczas wypadku samochodowego, czy jest konsekwencją uszkodzenia mięśnia sercowego w przebiegu zawału serca). Odwołujący stwierdził, że wpisanie do SIWZ Troponiny I ma na celu wyeliminowanie wpływu uszkodzonych mięśni szkieletowych na diagnostykę różnicową na SOR.

Ponadto, jak uzasadniał Odwołujący, Troponina I jest mniej wrażliwa na obniżoną funkcję nerek. Ta cecha analityczna jest szczególnie ważna przy interpretacji wyników Troponiny u pacjentów z niewydolnością nerek, ponieważ stężenia Troponiny T mogą u tych pacjentów przekraczać wartości decyzyjne bez wystąpienia zawału. Jak wykazało badanie Twerenbold i wsp. u pacjentów z zaburzeniami czynności nerek, ale bez zawału, mogą występować znacznie wyższe wyjściowe stężenia cTn niż ogólnie przyjęty 99. percentyl URL. Ogólnie, odsetek pacjentów z podwyższonymi stężeniami hs-cTn, którzy ostatecznie zostali zdiagnozowani bez AMI, wynosił od 17% przy użyciu testu Abbott hs-cTnI i 71%, gdy stosowano test Roche hs-cTnT. Najniższą różnicę wyrażoną jako wielokrotność 99. percentyla URL wykazano przy zastosowaniu testu Abbott hs-cTnI, natomiast najwyższą

w teście Siemens hs-cTnI. Niemniej jednak, wszystkie zbadane testy hs-cTnI charakteryzowały się porównywalną wartością diagnostyczną dla wczesnego rozpoznania AMI.

Odwołujący wniósł o zmianę ww. punktu na Troponinę T i I i przyznanie 10 punktów dla obu Troponin.

8. W nawiązaniu do zapisu SIWZ w przedmiocie ustalenia przez Zamawiającego maksymalnej stawki czynszu dzierżawnego za platformy analityczne, w nieprzekraczalnej kwocie 500,00 zł netto miesięcznie Odwołujący oświadczył, że zapis ten jest absolutnie sprzeczny z prawem i niedopuszczalny.

Po pierwsze, w sposób nieusprawiedliwiony i abuzywny ingeruje w swobodę wykonawcy co do sposobu kalkulowania ceny, która w całości jest swobodnym i wyłącznym prawem wykonawcy, a nie Zamawiającego. Po drugie, pozostaje w rażącej sprzeczności

z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, która stanowi, że zamówienie publiczne to odpłatna umowa, która poprzez art. 14 ustawy Pzp i odniesienie do przepisów kc, ma charakter tzw. umowy wzajemnej, gdzie świadczenia mają charakter umowy wzajemnej, o ekwiwalentnych wartościach. Odwołujący stwierdził, że zapis, że czynsz dzierżawny nie może przekroczyć kwoty 500,00 zł netto miesięcznie za dzierżawę platform o wartości 1,5 miliona zł nie pozwala zachować owej ekwiwalentności. Po trzecie i najważniejsze, w ocenie Odwołującego, naraża Zamawiającego na odpowiedzialności karno-skarbową, gdyż to Zamawiający, a nie wykonawca ponosi w takim przypadku ewentualną odpowiedzialność karno-skarbową za zaniżenie należnego podatku VAT z tytułu dzierżawy, która to wysokość podatku powinna być proporcjonalna do dzierżawionej wartości sprzętu, który generuje dochód po stronie wykonawcy. Nie ma bowiem innego logicznego uzasadnienia dla kwestionowanego zapisu, jak właśnie chęć i usiłowanie zaniżenia należnego podatku VAT w wysokości 23% i „przerzucenia” go na koszt odczynników opodatkowanych stawką preferencyjną 8%, ergo Zamawiający naraża się w ten sposób na ww. odpowiedzialność.

Odwołujący wniósł o wykreślenie zapisu, który jest sprzeczny z prawem i pociąga za sobą daleko idące skutki prawne.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę na treść art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp podkreślając, że zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Jak zauważył Odwołujący, zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez Zamawiającego dostaw nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Jednocześnie jednak, jak zaznaczył Odwołujący, Zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn. akt IX Ga 137/06.

Odwołujący podał, że jako przykłady działań sprzecznych z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w doktrynie wymienia się m. in. dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, podział na pakiety (części) tak, że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, lub celowe łączenie w opisie przedmiotu zamówienia kilku dóbr, których uzyskanie jest możliwe oddzielnie (na różnych rynkach) tak, by całość zamówienia była poddana mniejszej konkurencji, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Odwołujący podkreślił też, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji. Opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców skutkuje ograniczeniem możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w postępowaniu przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania i posiadających stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym i ekonomicznym do wykonania zamówienia, co narusza w szczególności art. 7 ust 1 i art. 29 ustawy Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący przywołał opinię Urzędu Zamówień Publicznych, w której stwierdzono, że „Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/5)”. Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów

z dnia 18 grudnia 2003 r. zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Odwołujący powołał się także na stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. akt VI ACa 965/11, wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt II Ca 137/09, wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 grudnia 2009 r., sygn. akt II Ca 992/09 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 49/09. Odwołujący zwrócił również uwagę, że podobne stanowisko zostało wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyroku z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP/1502/08, w wyroku z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP/02/09, w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 361/10, wyroku z dnia 22 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 30/09, jak również w uchwale KIO o sygn. akt KIO/KD 2/09.

Odwolujący opierając się na ww. stanowisku wyrażonym w orzecznictwie podniósł, że wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jest takie zestawienie przez Zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów, co niewątpliwie, w ocenie Odwołującego, ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Przyjmuje się, jak zauważył Odwołujący, że do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Dlatego też przy opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można bowiem mówić

o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić, wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Odwołujący zaznaczył, że pogląd ten posiada potwierdzenie

w ugruntowanym orzecznictwie Izby: „Przedmiot zamówienia powinien być opisany

w sposób, który umożliwia wykonawcom jednaki dostęp do zamówienia i nie powoduje tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówienia na konkurencję.” (wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2741/12).

Odwolujący stwierdził, że zdaje sobie sprawę, że Zamawiający jest gospodarzem postępowania, jednakże z faktu tego nie można wywodzić, iż uprawnia to Zamawiającego do preferowania określonych wykonawców na szkodę innych wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający obowiązany jest ukształtować treść SIWZ, w taki sposób, aby otworzyć postępowanie na konkurencję i umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku. Celem postępowania jest wszakże zaspokojenie konkretnych potrzeb Zamawiającego, w warunkach poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców. Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający winien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert przez wykonawców, w związku z czym na Zamawiającym spoczywa obowiązek unikania sformułowań utrudniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do uzasadnienia zarzutów przedmiotowego odwołania Odwołujący zwrócił uwagę na ewentualne konsekwencje przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przy dotychczasowym wadliwym opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził, że w świetle opisanej powyżej argumentacji postępowanie podlegałoby unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast

w przypadku zawarcia umowy podlegałaby ona unieważnieniu na podstawie art. 168 pkt. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący podkreślił, że opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi czynność Zamawiającego mającą zasadniczy wpływ na wynik postępowania.

Powyższe, jak podał Odwołujący, nie budzi wątpliwości w orzecznictwie sądów powszechnych w sprawach wszczętych na skutek powództw Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wytaczanych na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Przykładowo Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III C 1161/09, w którym Sąd stwierdził nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazując w uzasadnieniu, że „Zamawiający, który tak jak

w niniejszej sprawie spowany, opisując przedmiot zamówienia w taki sposób, że tylko jeden samochód dostarczony przez jednego tylko dostawcę, narusza zasadę uczciwej konkurencji, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i skonkretyzowaną, co do przedmiotu zamówienia, w art. 29 ust. 2 tej ustawy”. Odwołujący przywołał również stanowisko wyrażone w doktrynie, zgodnie z którym przepisy ustawy wyznaczają sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ustawa w ust. 2 art. 29 ustawy Pzp zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt, ale i taki, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, podział na pakiety (części), tak że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Odwołujący zaznaczył, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji. Odwołujący przywołał też wyroki Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP 984/08, KIO/UZP 700/08, KIO/UZP 682/08, KIO/UZP 442/08.

Odwolujący podniósł, że w tym stanie rzeczy, z powołaniem na stanowisko doktryny, orzecznictwo sądów powszechnych i orzecznictwo KIO, należy stwierdzić ponad wszelką wątpliwość, że przedmiotowym postępowaniu dochodzi do ewidentnego naruszenia zasad poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak wskazał Odwołujący, w obowiązujących zasadach przetargowych podnosi się, że nie można opisywać przedmiotu zamówienia tak, by utrudnić uczciwą konkurencję, a w konsekwencji opisywać przedmiot zamówienia, aby konkretna jedna predysponowana firma miała wyłączność w postępowaniu. Zakazane jest formułowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, eliminować któregokolwiek z potencjalnych oferentów.

W związku z powyższym, kierując się chęcią zapewnienia poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł o modyfikację opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwi złożenie ofert przez pozostałych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Zdaniem Odwołującego, otwarcie postępowania na konkurencję z całą pewnością będzie korzystne dla

Zamawiającego zarówno ze względów finansowych, jak również ze względu na jakość produktów oferowanych przez poszczególnych dostawców.

W konsekwencji, pozwoli to Zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, ponieważ Zamawiający nie będzie zmuszony do zawarcia umowy z jedynym wykonawcą, którego wyroby spełniają łącznie wszystkie wymagane parametry opisane

w Załączniku nr A do SIWZ. Przywrócenie uczciwej konkurencji spowoduje rywalizację cenową, co uniemożliwi jednemu wykonawcy narzucenie wygórowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, do czego mogłoby dojść przy aktualnym brzmieniu postanowień SIWZ.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ — zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

2. dopuszczenie do udziału firmy Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu poprzez zmianę zapisów SIWZ.

Tylko spełnienie wszystkich powyższych warunków pozwoli na stworzenie uczciwej konkurencji. Przez nie przychylenie się do któregoś w punktów Zamawiający nadal będzie stwarzał sytuację dopuszczającą tylko jedną firmę.

3. obciążenie Zamawiającego wszystkimi kosztami postępowania odwoławczego i kosztami zastępstwa procesowego wg faktury przedłożonej na rozprawie.

Dodatkowo, Odwołujący stwierdził, że wadliwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, uniemożliwiające złożenie oferty, która zaspokoiłaby uzasadnione i obiektywne potrzeby Zamawiającego, stanowił w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współzycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współzycia społecznego należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku, a nie tylko jedną z nich, choćby jej znaczenie było doniosłe.

W ocenie Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że obecne postępowanie Zamawiającego, znajdujące swoje odzwierciedlenie w zapisach SIWZ, narusza zasady współzycia społecznego. Odwołujący zauważył, że w świetle art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub właśnie z zasadami współzycia społecznego. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 k.c. takie działania uprawnionego nie są zgodne z art. 58 § 2 k.c., który stanowi wprost, że „nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego”.

Reasumując Odwołujący podał, że tolerowanie opisu przedmiotu zamówienia, jaki ma miejsce w przedmiotowym przetargu „nieograniczonym” oznaczałoby także dokonanie czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o czym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił w dniu 7 stycznia 2019 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.

Na rozprawie Odwołujący złożył oświadczenie, że wycofuje zarzuty oznaczone nr 2, 3, 4 (str. 4 odwołania) i 5 (str. 5 odwołania).

Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględnia zarzuty oznaczone nr 6 (str. 5 odwołania) i 8 (str. 7 odwołania).

Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w tej części.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego na rozprawie i nie uwzględnionych przez Zamawiającego, Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Nie potwierdził się zarzut oznaczony nr 1 na stronie 4 odwołania dotyczący postanowienia pkt 8.2 SIWZ i możliwości podziału oznaczania poszczególnych parametrów wymienionych w tabeli Załącznika nr 1 do SIWZ pomiędzy platformę wiodącą i pomocniczą.

Izba nie przychyliła się do stanowiska Przystępującego, że Odwołujący w złożonym piśmie z dnia 16 stycznia 2019 r. dokonał rozszerzenia zarzutów poza granice odwołania. Treść zarzutu, jak też sformułowany przez Odwołującego wniosek dotyczący sposobu modyfikacji SIWZ wskazuje na objęcie zarzutem także Załącznika nr 1 do SIWZ. Ponadto, Odwołujący wyjaśnił, że w treści odwołania wkładła się omyłka polegająca na wskazaniu na Załącznik nr 4 zamiast Załącznika nr 1 do SIWZ. Wyjaśnienia te Izba uznała za wiarygodne z uwagi na treść ww. Załączników.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze wyjaśnienia Zamawiającego, że pkt 8.2 SIWZ Zamawiający interpretował w ten sposób, że platformy łącznie muszą wykonać pełny panel badań, co znajduje odzwierciedlenie w treści przedmiotowego postanowienia. Tym samym, nie znalazła potwierdzenia teza Odwołującego, że wymóg z pkt 8.2 SIWZ wskazuje na jednego wykonawcę, eliminując z postępowania innych wykonawców. Wskazać przy tym należy, że przedmiotowa kwestia mogła zostać wyjaśniona w drodze zapytań do Zamawiającego odnośnie treści SIWZ (art. 38 ustawy Pzp).

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego dotyczących treści Załącznika nr 1 część 5 do SIWZ i rozkładu poszczególnych badań pomiędzy platformami, w tym w szczególności do twierdzeń o braku możliwości wykonania oznaczenia parametrów CK MB mass i DHEA'S na platformie Alinity, którą może zaoferować Odwołujący, Izba stwierdziła, że na uwzględnienie zasługuje argumentacja Zamawiającego dotycząca roli platformy pomocniczej i posiadanej już bazy sprzętowej. Zamawiający wyjaśnił bowiem, że co do zasady najpilniejsze badania wykonuje na posiadanym już sprzęcie, z którego rezygnacja byłaby pozbawiona podstaw i przyniosłaby szkodę Zamawiającemu, a platforma pomocnicza zakupiona w ramach przedmiotowego postępowania ma służyć jedynie na wypadek awarii pozostałego sprzętu. W tych okolicznościach, żądanie Odwołującego, aby Zamawiający dopuścił zaoferowanie sprzętu z dowolną konfiguracją testów pomiędzy platformami, w zależności od dostępności danej konfiguracji na sprzęcie wykonawcy, w tym, aby możliwe było zaoferowanie sprzętu, który umożliwia wykonanie badania parametrów CK MB mass i DHEA'S jedynie na platformie pomocniczej, nie może znaleźć uznania. Dostosowanie treści SIWZ do potrzeb każdego z wykonawców przeczyłoby roli Zamawiającego jako gospodarza postępowania, uniemożliwiłoby Zamawiającemu realizację obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia stosownie do własnych potrzeb, jak też wiązałoby się z utrudnieniem pracy pracownikom Zamawiającego, którzy zmuszeni są wielokrotnie działać pod presją czasu w celu ratowania zdrowia i życia pacjentów. Ponadto, fakt, że Odwołujący nie posiada w swojej ofercie na dzień dzisiejszy platformy wiodącej umożliwiającej badanie parametrów CK MB mass i DHEA'S, a możliwość taka zostanie wprowadzona w najbliższych miesiącach, jak oświadczył Odwołujący w piśmie z dnia 16 stycznia 2019 r., nie może determinować możliwości prawidłowej realizacji zadań przez Zamawiającego.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa przez wprowadzenie dodatkowej punktacji za zaoferowanie możliwości badania parametru Troponina T (Załącznik nr 4 do SIWZ). Izba miała na uwadze okoliczność, że Zamawiający w uprzednim postępowaniu dokonał zakupu sprzętu, na którym możliwe jest badanie Troponiny T. Wobec powyższego, zakupienie w przedmiotowym postępowaniu sprzętu, który nie umożliwia badania tego parametru, dając w zamian możliwość badania Troponiny I, nie uniemożliwia wykonywania zadań przez Zamawiającego, ale utrudnia wykonywanie zadań jego pracownikom, a to może odbić się na zdrowiu pacjentów.

Izba miała na względzie okoliczność, że zgodnie z treścią Załącznika nr 4 do SIWZ, Troponina T należy do parametrów ocenianych, a zatem nie zaoferowanie możliwości badania tego parametru, nie uniemożliwia złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Izba zważyła ponadto, że Zamawiający przewidział za zaoferowanie możliwości badania Troponiny T 10 punktów, podobnie, jak za trzy inne parametry z parametrów ocenianych, nie jest to zatem wygórowana liczba punktów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie dopatryła się uchybień w czynnościach Zamawiającego, a co za tym idzie, nie stwierdziła naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów i nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów, co to których toczył się spór pomiędzy stronami.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa według norm przepisanych

z uwagi na dyspozycję § 3 pkt 2 rozporządzenia w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, zgodnie

z którym do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Zamawiający rachunków do akt sprawy nie złożył.

Przewodniczący :.....